ERNESTO BETTINELLI

# IL CLANDESTINO: PERSONA SENZA *STATUS*?

Non è del tutto chiaro l'etimo della parola "clandestino". È comunque possibile trovare in rete una spiegazione suggestiva per qualche riflessione di contorno [1]. Sarebbe così definibile "colui che fugge il giorno" [2]. È anche un'immagine poetica. Ma si può davvero adattare ai migranti che dalle zone più povere del mondo cercano di approdare *altrove*, alla ricerca di qualche opportunità di vita o di semplice sopravvivenza?

In verità, costoro non fuggono, ma *cercano* il giorno. E se allarghiamo la metafora, associando la luce del giorno ai lumi del diritto, possiamo anche ritenere che nelle speranze di questi espatriati ci sia pure quella di un riconoscimento del loro *status* di individui, anche se probabilmente essi non immaginano quanti diritti (e doveri, ma non necessariamente in compensazione) sono contemplati nei cataloghi degli ordinamenti nazionali e internazionali a tutela della persona umana come tale [3].

È certamente un impegno gravoso, anche sotto il profilo finanziario, per gli stati vincolati ad un obbligo di accoglienza non derogabile da irragionevoli discriminazioni o dalla pratica di trattamenti degradanti nei confronti di quanti invocano asilo, rifugio e, in senso più generale, protezione sulla base della semplice appartenenza al genere umano [4].

---

(1) In effetti, il tema è da tempo all'attenzione (anche) dei costituzionalisti la cui Associazione ha dedicato il suo XXIV Convegno annuale, nel 2009, a *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010. Gli atti raccolgono contributi davvero importanti su tutti gli aspetti giuridici, teorici e pratici, dell'immigrazione.

(2) *www.etimo.it*. Curiosamente l'Accademia della Crusca nella pagina del suo sito dedicata alla consulenza linguistica ignora la parola pur diventata così ricorrente nel linguaggio tecnico e delle comunicazioni di massa, che contrassegna il fenomeno epocale degli esodi di massa. Approfondisce invece (26 giugno 2009) l'uso delle parole "migranti e respingimenti" (*www.accademiadellacrusca.it/faq/faq_risp.php?id=8086&ctg_id=44*).

(3) La letteratura in proposito è sempre più ricca. Tra le opere più recenti: A. Caligiuri, G. Cataldi, N. Napoletano (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamento sovranazionale*, Padova, 2010.

(4) Come non ricordare anche qui il celebre *incipit* della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948: "il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della *famiglia umana*, e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo".

Per rientrare in questa categoria *naturale* non è sufficiente palesare un fenotipo inconfutabile, ma è necessario anche fruire di identità giuridica i cui elementi sono fissati, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, nell'art. 22 della Costituzione: la capacità giuridica, la cittadinanza e il nome. Si tratta di connotati irrinunciabili e indisponibili. Agli studenti, anche dei corsi di educazione civica, si insegna come la capacità giuridica sia espressione dell'attitudine di qualsiasi uomo a intrattenere con gli altri relazioni, che in gran parte producono atti che il diritto considera rilevanti e, per così dire, *tracciabili* in quanto danno luogo a situazioni di responsabilità (5). Per poter "rispondere" è, però, indispensabile essere riconoscibili, distinguibili da tutti gli altri membri della comunità; a questo scopo sovvengono il nome e la cittadinanza: il loro incrocio rende certa la fisionomia giuridica di ciascuno. Gli attributi essenziali appena ricordati portano a convenire sulla loro indeffettibilità, nel senso che non sarebbe concepibile che gli esseri umani ne siano privi o deprivati.

È forse il principio più importante della cultura liberale e, nello stesso tempo, un parametro assai sintomatico nella valutazione dei regimi a vocazione totalitaria, l'organizzazione e l'ordinamento dei quali prescindono dall'idea della persona come presupposto e fine di una accettabile convivenza.

Che la capacità giuridica, la cittadinanza e il nome costituiscano un nucleo intangibile e indivisibile in qualsiasi situazione e, dunque, un limite assoluto per il legislatore non dovrebbe più essere messo in dubbio, anche sulla base di ragionamenti che guardano al passato, alla notte del diritto.

L'inciso che compare nella disposizione costituzionale citata, in virtù della quale i connotati dell'identità giuridica individuale non possono essere revocati (o misconosciuti) "per motivi politici", non può essere considerato un'autorizzazione a stabilire "eccezioni" *per altri motivi* che appaiano ragionevoli in presenza di circostanze o di emergenze "imprevedibili" (6). La puntualizzazione rappresenta, invero, un rafforzativo (*tanto più*

---

(5) Sul punto è sempre attuale l'insegnamento di P. Rescigno, *Capacità giuridica*, in *Nuovissimo Digesto*, II, 1958, 874 ss. e, diffusamente, *Persona e comunità*, Bologna, 1966.

(6) Questo approccio storico e sistematico supererebbe completamente i dubbi della dottrina che, privilegiando viceversa, un'interpretazione logica e letterale, si affatica a indagare sul significato della formula "motivi politici", non sempre giungendo a conclusioni univoche. Cfr.: U. De Siervo, *Art. 22*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1978, 17 ss.; A. Vaccari, *Cittadinanza* (voce), in *Dizion. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, II, Milano, 2006, 922; nonché V. Onida, *Relazione introduttiva* a *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., pag. 21. In senso contrario a quanto da me sostenuto nel testo vanno le proposte di legge dirette proprio a introdurre ipotesi di revoca della cittadinanza, come quella presentata dall'on. E. La Loggia alla Camera dei deputati, il 18 gennaio 2007 (*Modifiche all'art. 12 della legge 5 febbraio 1992, n. 91* in materia di revoca della cittadinanza, XV Leg., doc. n. 2143). Nella relazione al progetto l'autore si dichiara convinto del "pieno rispetto dell'art. 22 della Costituzione, dal momento

*se per motivi politici*) e fa riferimento all'orribile legislazione fascista che ha imposto una condizione di "clandestinità" a vari gruppi di individui in quanto ritenuti estranei all'integrità sociale o alla coesione del regime-stato.

Non è mai superfluo ricordare la legge 31 gennaio 1926, n. 108, laddove contemplava che la cittadinanza italiana potesse essere revocata in via amministrativa nei confronti dei cosiddetti "fuorusciti", cioè di coloro *che avessero commesso o concorso "a commettere all'estero un fatto diretto a turbare l'ordine pubblico del Regno o da cui [potesse] derivare danno agli interessi italiani o diminuzione del buon nome o del prestigio dell'Italia, anche se il fatto non [avesse costituito] reato*». Frequentemente, dopo l'adozione dei conseguenti provvedimenti, veniva disposta la confisca dei beni appartenenti ai *non più cittadini*.

Ancora più clamorosa e nota è la normativa "contro la razza ebraica" (r.d.l. 17 novembre 1938, n. 1728) che, sulla base della mera constatazione che "*le sottoindicate persone [appartenevano] alla razza ebraica*", attribuiva al re "*su proposta del Duce, primo ministro, Segretario di Stato, Ministro dell'Interno*" il potere di revocare alle medesime la cittadinanza italiana "ad ogni effetto".

Tali misure rappresentavano una vera e propria degradazione dello *status* minimo della persona, tale da renderla di fatto "clandestina", da soggetto a oggetto e, come hanno dimostrato le tragiche vicende dell'epoca, preda di uno sconfinato arbitrio da parte delle autorità "pubbliche", ma astrattamente anche ad opera di privati, giacché l'assenza di identità giuridica equivale a un'esclusione dalla convivenza: l'esistenza diventa un fatto irrilevante.

Del resto, la stessa "cultura" giuridica fascista percepiva che la perdita della cittadinanza come misura sanzionatoria fosse palesemente contraria ai principi elementari del diritto, tanto che i giuristi incaricati dal guardasigilli Rocco di elaborare il codice penale (nel 1930) rinunciarono ad annoverarla tra le pene accessorie [7].

---

che la cittadinanza verrebbe eventualmente revocata *per motivi gravi che non comprendono motivi politici*".

[7] S. Larizza prospetta l'ipotesi "che Rocco fosse pienamente consapevole della natura emarginante ed infamante" di una simile pena (*Le pene accessorie*, Padova, 1986, 90).

Peraltro, i pareri espressi da soggetti vari (organi giurisdizionali, università, associazioni di avvocati, singole personalità...) non sembravano affatto pregiudizialmente contrari all'inclusione tra le pene accessorie della perdita della cittadinanza proprio sulla scorta di quanto previsto dalla legge speciale n. 108 del 1926, ricordata nel testo. Le riserve erano piuttosto di natura tecnica. Ad esempio, la Corte d'Appello di Ancona così si esprimeva: "Molto commendevole appare l'introduzione della nuova pena consistente nella perdita della cittadinanza ..., giacché per alcuni delitti, specialmente per quelli commessi contro la personalità dello Stato, l'autore diventa indegno di appartenere allo Stato stesso, e qui è ben giusto che esso perda quella qualità di cittadino che egli, lungi dall'apprezzare nel suo alto valore, ha gravemente violata e rinnegata col delitto commesso ...". Solo la categoria

È, dunque, in questo contesto che l'art. 22 della Costituzione deve essere letto per assumere un significato *incondizionato* e *assoluto* di protezione dell'identità giuridica di qualsiasi individuo: non gli attribuisce immediatamente uno *status* (come invece avviene con l'art. 2, che appunto riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo "come singolo" richiedendogli, poi, distintamente l'adempimento dei doveri comunitari), ma precostituisce le condizioni perché un'entità fisica sia anche soggetto di diritto.

Anche quando un'organizzazione pubblica non è in grado di accertare la cittadinanza o il nome di una persona, ciò non comporta che essa debba essere ritenuta senza nome o cittadinanza: clandestina, appunto.

La particolare insistenza con cui le più rilevanti dichiarazioni internazionali invocano il massimo favore per il riconoscimento del "diritto" di cittadinanza per tutti i bambini mette ancora una volta in risalto la sua irrinunciabile funzione protettiva [8] e come non sia nella disponibilità assoluta degli stati la scelta-selezione dei *propri cittadini*, quasi in una dimensione di "maso chiuso", per preservare l'originarietà-identità di comunità presunte autoctone e difenderle dagli assalti degli "allogeni". È poi superfluo rammentare come le nazioni si siano *naturalmente* formate e continuano sempre più a formarsi grazie alla mobilità degli individui, alle *tra-*

---

forense manifestava qualche timida preoccupazione: "È visibile la natura politica [della perdita della cittadinanza]. I suoi effetti non sono, né forse possono essere chiariti dal Codice. La sua attuazione darà materia di questioni giuridiche, e anche politiche internazionali, per la condizione anomala in cui verranno messi i condannati" (Sindacato degli Avvocati e Procuratori di Cagliari e Lanusei). Più esplicite le Commissioni Reali Avvocati e Procuratori di Trento secondo le quali "... un cittadino italiano, finché risiede nel proprio stato, non [può] essere privato della cittadinanza, dato che lo stato di cittadinanza è inerente alla persona fisica, né sembra giuridicamente concepibile che questa, finché non stabilisca la sua residenza all'estero, possa, a un determinato momento, essere privata della qualità di cittadino italiano" (Ministero della Giustizia e degli affari di culto, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. III - *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale* - Parte I, Roma, 1928, 265 ss.).

(8) Ciò risulta molto chiaramente nell'art. 24 del *Patto sui diritti civili e politici* (New York, 1966), laddove si enuncia che "Ogni fanciullo, senza discriminazione alcuna fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica o la nascita, ha diritto a quelle *misure protettive* che richiede il suo stato minorile, da parte della sua famiglia, della società e dello Stato". A cui *consegue* che "ogni fanciullo deve essere registrato subito dopo la nascita ed avere un nome" e che "ogni fanciullo ha diritto ad acquistare una cittadinanza". Successivamente il principio è stato ribadito *e dunque rafforzato* dalla Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 1989) agli artt. 7 e 8 dal quale (comma 2) si desume il necessario collegamento tra nome e cittadinanza (e capacità giuridica): "Se un fanciullo è illegalmente privato degli elementi costitutivi della sua identità o di alcuni di essi, gli Stati parti devono concedergli adeguata assistenza e protezione affinché la sua identità sia ristabilita il più rapidamente possibile".

*smigrazioni*: sono *realtà in divenire* che si costituiscono, anche drammaticamente, più attraverso *inclusioni che attraverso esclusioni* (9).

Arrivo, dunque, a una prima conclusione: il concetto di clandestino è incompatibile con il concetto giuridico fondamentale di *status*. Non dovrebbe pertanto mai essere utilizzato nel lessico del legislatore (liberale), *proprio perché privo di senso (giuridico)*.

Mi confortano in questa convinzione le considerazioni di un'antica dottrina che ha ricostruito, anche dal punto di vista storico, i significati "tecnici" variegati del termine *status*, a partire dalla sua utilizzazione nel diritto romano fino alle concezioni liberali tradizionali, che pur ancora esaltavano la sovranità dello stato intesa come massima potestà di imperio attraverso il diritto positivo sui consociati. Il conferimento ad essi di uno (o più) *status* con riferimento alla molteplicità delle situazioni della vita (e del concreto e non eguale svolgimento della capacità giuridica) non può comportare un potere assoluto dello stato di assoggettare gli individui, in quanto essi stessi soggetti di diritto. Su questa base poggia la dottrina del "contratto sociale", pur nelle sue progressive versioni (10). In questa ottica Antonio Cicu osservava che "soggezione alla sovranità non è adunque annientamento o diminuzione di personalità; anzi è sublimazione di personalità..." (11), intendendo dire che il riconoscimento della qualità di individuo (con i suoi attributi indefettibili ora recepiti anche da fonti di rango costituzionale) è di per se stesso un limite all'eventuale *volontà esclusiva* dello stato (12). In altre parole, si potrebbe affermare che, nel momento in cui lo stato pretende di esercitare la sua sovranità nei confronti delle persone (anche se cittadine di altri stati) che si trovino nel suo spazio sovrano, manifesta comunque una volontà *inclusiva*, a prescindere dalla qualità degli atti che la specificano.

Non è un caso che l'attribuzione di *status* si è progressivamente indirizzata alla difesa di categorie umane deboli non soltanto negli ordinamenti interni, ma anche a livello di diritto internazionale attraverso lo strumento delle convenzioni che stabiliscono cataloghi di diritti universali per i prigionieri di guerra, i rifugiati, i richiedenti asilo, i lavoratori più esposti all'insi-

---

(9) Diffusamente: E.J. Hobsbawm, *Nazioni e nazionalismi dal 1780. Programma, mito, realtà*, Torino, 1991 (in particolare, 87 ss.).

(10) Fino a J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, (ed. orig. 1971), Milano, 1982.

(11) *Il concetto di status*, in *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli*, Napoli, 1917, 69. Si veda, inoltre, P. Rescigno, *Situazione e status nell'esperienza del diritto privato*, in *Attualità e attuazione della costituzione*, Bari, 1979, 226 ss.

(12) "... *Status* sta ad indicare il rapporto che nell'aggregato sociale assume l'individuo, entrando necessariamente a farne parte, diventandone membro. *Status* è pertanto il rapporto o vincolo giuridico che lega il singolo nell'aggregato. E poiché l'aggregato è un tutto, e non somma di rapporti o di vincoli che intercedono fra i singoli, poiché appunto i singoli vengono in considerazione come membri, e non come entità isolate, indipendenti, il vincolo è unico" (*ivi*, 70).

curezza, i minori-fanciulli, le donne... ([13]). Lo stesso accade quando il conseguimento di uno *status* è la conseguenza inevitabile della perdita di un altro più vantaggioso: la condanna a una pena detentiva determina il venir meno di una serie di situazioni di vantaggio tipiche della persona "libera" e l'automatica acquisizione dello *status* di carcerato. Anche in questa evenienza l'attribuzione di tale specifico *status* assolve a una funzione protettiva, a salvaguardia della persona reclusa e della sua dignità indisponibile (descritta in modo assai circostanziato da fonti normative plurime che si compendiano in statuti sui diritti dei detenuti ([14])).

Dunque, qualsiasi *status* dovrebbe rappresentare sempre un *valore aggiunto* rispetto ai meri "presupposti" (art. 22 Cost.) su cui si fonda l'identità giuridica dell'individuo e senza la quale non può *costituirsi* la dignità della persona ([15]).

La connotazione di un individuo come "clandestino" rivela, invece, propositi del tutto opposti: l'individuo che viene così qualificato è *oggettivamente* considerato *diminuito* proprio nella sua personalità. Si realizza una sorta di *transfert*: quando lo stato non è in grado di appurare con presunta certezza il nome e/o la cittadinanza di una persona, si comporta come se la stessa ne fosse sprovvisto, comprimendo oltre ogni limite ragionevole anche la sua capacità giuridica.

---

([13]) Che alla figura dello *status* si faccia ricorso per una migliore definizione delle posizioni soggettive che richiedono una tutela "rafforzata" è notazione assai diffusa. Si veda, ad esempio, tra i tanti contributi, E. La Rosa, *Minore età e soggettività*, in *Soggetti e ordinamento giuridico*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2000, 13. Per un ulteriore approfondimento e delimitazione del concetto si veda anche: A. Barletta, *Contributo allo studio dell'accertamento degli status*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, 231 ss.

([14]) Anche in questo campo si va affermando un'internazionalizzazione aggiornata dello *status* delle persone sottoposte a trattamento penitenziario. Si consideri, in particolare, in sede di Unione Europea, la Raccomandazione R (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri "sulle Regole penitenziarie europee". Nel preambolo si richiamano come punto di partenza "l'insieme delle regole minime" per il trattamento dei detenuti stabilite dalle Nazioni Unite, oltre a quanto disposto dalla *Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, nonché i principi statuiti dalla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, per poi proseguire con la citazione di numerose altre fonti europee su singoli aspetti concernenti la medesima materia.

([15]) La dignità umana "nel suo nucleo forte sintetizza gli elementi costitutivi essenziali dell'individuo quale essere razionale fisiologicamente in grado di sviluppare una propria personalità" e rappresenta il "minimo comune denominatore dei diritti fondamentali diffusamente riconosciuti". Così efficacemente Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007, 338 ss. Per una ricostruzione storica dell'affermarsi nella cultura giuridica del concetto di dignità, come categoria in continua evoluzione (e come parametro di legittimità sostanziale degli ordinamenti liberaldemocratici in una prospettiva universalistica e sempre meno autoreferenziale), cfr. U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Bari, 2009. Come pure, diffusamente: M. Di Ciommo, *Dignità umana e Stato costituzionale*, Firenze, 2010.

È così che si insinua nell'ordinamento l'idea di uno "status del clandestino". In verità, la vigente normativa non è esplicita sul punto. Probabilmente il legislatore è stato trattenuto da un'inconscia remora, da qualche antico e prudente riflesso.

Il testo unico sull'immigrazione (decreto legislativo n. 286 del 1998 e successive modifiche), infatti, si riferisce costantemente all'"immigrazione clandestina" considerata come *fenomeno* (in una dimensione oggettiva) da contrastare a vari livelli e con strumenti diversificati ([16]), con una circonlocuzione volutamente ambigua per non incorrere nella più realistica dizione "immigrazione dei clandestini". La quale immediatamente evocherebbe la *soggettività* (diseguale) delle persone che cercano il giorno, con la propria storia, una capacità giuridica, un nome, una cittadinanza.

Ma il fenomeno, inevitabilmente, si scioglie in una serie di contraddizioni, appena si tratta di stabilire e *identificare* la posizione di coloro che lo alimentano. In particolare: possono i *singoli* migranti essere ad un tempo considerati autori consapevoli e vittime degli esodi di massa ([17])? Fino a che punto è possibile, giuridicamente razionale e ragionevole classificare le

---

([16]) Ecco una succinta rassegna delle locuzioni utilizzate nel testo unico: "prevenire o limitare le immigrazioni clandestine" (art. 2, c. 8); "favoreggiamento dell'immigrazione clandestina" (art. 4, c. 3); "contrasto dell'[o all']immigrazione clandestina" (art. 11, cc. 4 e 5-*bis*, art. 12, c. 7; art. 21, c. 1); "Disposizioni contro le immigrazioni clandestine" (art. 12, titolo); "prevenzione e repressione dei reati in tema di immigrazione clandestina" (art. 12, c. 5-*bis*).

([17]) Un tentativo di risolvere, anche sul piano definitorio, una simile questione può essere considerata la tipizzazione *in progress* (soprattutto nel diritto internazionale) dei crimini relativi alla "tratta di essere umani", oggetto, in particolare, della Convenzione del Consiglio d'Europa (Varsavia, 16 maggio 2005, ratificata dall'Italia con la legge 2 luglio 2010, n. 108) che si propone appunto di *distinguere e separare* le vittime (che *in quanto tali* devono essere assistite e ottenere un'adeguata tutela, cioè uno *status*, in conformità con i diritti umani) dai responsabili dei delitti suddetti. L'espressione "tratta di esseri umani" è alquanto ampia in quanto comprende, tra l'altro, "il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone", perpetrato non solo "con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza", ma, assai più genericamente, anche attraverso "altre forme di coercizione ..., la frode, ... l'inganno, l'abuso di autorità o della *condizione di vulnerabilità* o con l'offerta o l'accettazione di pagamenti o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento" (art. 4, lett. *a*).

Osserva in proposito D. Mancini: "La responsabilità degli Stati è di prevenire e combattere la tratta, nonché di assistere, proteggere e reintegrare socialmente le vittime, di assicurare che le misure antitratta non creino ripercussioni negative o ledano i diritti umani dei gruppi colpiti. Questo è possibile se vengono introdotti, accanto alle misure preventive e repressive della tratta, rimedi che tendano a rimuovere quell'*oscuramento dei diritti umani* che è insito nel reato di tratta e/o riduzione in schiavitù. Per garantire questi risultati è necessario prevedere soglie minime di assistenza alle quali tutte le persone trafficate hanno diritto, tese all'emancipazione, all'inclusione sociale e alla partecipazione" (*Il cammino europeo nel contrasto alla tratta di persone*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 1114 ss.).

varie cause di disperazione umana ([18]) che sono all'origine delle trasmigrazioni, per escluderne alcune da standard adeguati di attenzione e protezione che sono alla base dello *status* di persona?

Questi interrogativi rimangono (non solo) nell'ordinamento italiano senza soddisfacenti risposte, nel momento in cui viene data prevalenza al "principio" della sicurezza (sovranità) dello Stato, suscettibile di contenuti e di estensioni non preordinati e rimessi all'autorità politica (in senso lato), le cui valutazioni *contingenti* assai difficilmente possono essere scrutinate alla luce di parametri di ragionevolezza *stabili e riconosciuti*. La contrapposizione tra tale principio preminente, la "ragion di stato" ([19]), e altri valori come quelli che contrassegnano il soggetto persona, pur dichiarati inderogabili, si risolve facilmente con il loro occultamento non soltanto in via di fatto (per l'insopportabilità della tensione tra realtà e "giustizia ideale"...), ma anche con la predisposizione di percorsi giuridici, pur abnormi.

La previsione del c.d. reato di "immigrazione clandestina" (*ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*) di cui all'art. 10-*bis* del testo unico citato ([20]) rappresenta un caso esemplare di questa deriva. La fattispecie punisce lo straniero che "fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato" in modo irregolare, soprattutto in quanto non sia in grado di dimostrare la sua qualità di *vittima classificata*, cioè rientrante in *una* delle ipotesi di disperazione che impegnano lo stato all'accoglienza, in adesione alle Convenzioni internazionali già richiamate. Al di là di altri profili di natura tecnica e di coerenza con il complessivo ordinamento penalistico ([21]), l'aspetto che si vuole qui sottolineare è la regressione dell'identità giuridica subita dalle persone destinatarie della previsione normativa e il capovolgimento del concetto di *status*, che diviene categoria negativa (segnala una

---

([18]) In effetti, la casistica della disperazione è circoscritta a quanti si trovano nella condizione di richiedere rifugio e/o asilo politico in presenza di fatti *determinati*, gravemente pregiudizievoli (ma probabilmente non meno di altri *innominati*) collegati alla struttura politica e sociale dei Paesi da cui i migranti provengono (quali: essere oggetto di persecuzioni dirette e personali per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a determinati gruppi sociali o per le opinioni politiche professate ...).

([19]) Sulla precarietà anche concettuale di una simile categoria nell'epoca delle imprevedibili interferenze globali si vedano le sapienti considerazioni di L. Levi, *Crisi dello Stato e governo del mondo*, Torino, 2005 (cfr. in particolare, 80 ss.).

([20]) Introdotto con la legge 15 luglio, n. 94 del 2009, significativamente conosciuta come "pacchetto sicurezza", assunta quale necessità *esclusiva* non suscettibile di cedere ad altre ragioni. Sul punto già P. Bonetti, *Tra interessi dello Stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1994, 2381 ss.

([21]) Tra i tanti: P. Pisa, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale*, in *Diritto penale e processo*, suppl. spec. *Immigrazione*, n. 8/2009, 7 ss.; G.L. Gatta, *Il reato di clandestinità e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto penale e processo*, 2009, 1323 ss.

*sottoprotezione*) in quanto prescinde dalle condizioni minime su cui si fonda lo *status* di persona, ai sensi delle vigenti fonti costituzionali e internazionali ad esse equiparate ([22]).

Il legislatore non individua formalmente uno *status* del clandestino. Ma l'espressione è diventata ricorrente nella giurisprudenza ([23]). L'aberrante formula, viene recuperata, talora di sfuggita e *de relato*, perfino dalla stessa Corte costituzionale ([24]).

L'ordinamento non può disporre trattamenti nei confronti dei migranti "generici" — cioè di quanti non possano reclamare lo *status* privilegiato di rifugiati ([25]) — non conformi agli *standard* minimi ipotizzati per la persona in quanto tale ed ai presupposti su cui si fonda la sua identità giuridica, stabiliti inderogabilmente dall'art. 22 della Costituzione. Al di sotto di tale soglia non vi può essere *status*.

È in questa prospettiva che la giurisprudenza costituzionale ed europea ha censurato e parzialmente corretto i profili teoricamente più insostenibili della disciplina in vigore. Faccio riferimento alla sentenza (n. 249 del 2010) della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della c.d. "aggravante di clandestinità", non collegata ad alcuna specifica condotta ([26]), ragionando proprio sulla "qualità" degli individui che non possono essere aprioristicamente discriminati (o piuttosto) *sottoprotetti* in rapporto alla loro posizione o origine. Significativamente, la Corte, centrando la questione di fondo, osserva che "la qualità di immigrato «irregolare» ... diventa uno «stigma», che funge da premessa ad un trattamento

---

([22]) Diffusamente: G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007.

([23]) ... E da ultimo anche presso il giudice di legittimità: cfr. Cass. pen., I sez., sent. 1 marzo 2009, n. 15997; Cass. pen., II sez., sent 23 marzo 2011, n. 11568.

([24]) Ancora prima dell'introduzione del c.d. "reato di clandestinità" (dizione ormai recepita dalla stessa Corte costituzionale: cfr., ad es., sent. n. 249 del 2010) nelle: ord. n. 445 del 2004; ord. 338 del 2006. Ultimamente: sent. n. 21 del 2009; ord. n. 253 del 2010. In altre pronunce la Corte utilizza l'espressione "condizione di clandestinità" con riferimento non alla disciplina vigente, ma alla situazione esistenziale degli immigrati "irregolari".

([25]) O di quello di "apolide", come definito dalla relativa convenzione internazionale (New York, 28 settembre 1954), ratificata con la l. 1 febbraio 1962, n. 306 (peraltro rimasta senza soddisfacente attuazione, salvo l'incerta indicazione di cui all'art. 17 della l. n. 91 del 1992).

([26]) L'art. 61, n. 11-*bis*, del c.p. (introdotto dall'art. 1, c 1, lett. *f*, del decreto-legge n. 92 del 2008, convertito dalla l. n. 125 del 2008) contempla la circostanza aggravante comune per i fatti commessi dal colpevole «mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale». Cosicché lo stesso reato commesso da un immigrato "regolare" e da uno "irregolare" risultava punito diversamente in sfavore di quest'ultimo sulla base di scelte pregiudiziali di tutela degli interessi (presunti) nazionali. In proposito: L. Pepino, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della l. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, n. 4, 9 ss.

penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. *Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un 'tipo di autore' assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento*". Insomma, per dirla in altro modo, il legislatore ha inventato un'*impronta* (appunto quello "stigma" segnalato appropriatamente dalla Corte) per rendere irriconoscibile lo *status di persone* di una categoria di per sé emarginata di esuli. I giudici costituzionali ricordano di aver già precisato (con la sentenza n. 105 del 2001) che i diritti inviolabili spettano "ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma *in quanto esseri umani*". Pertanto "la condizione giuridica dello straniero non deve essere ... considerata ... come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi" ([27]).

Alla luce di questi assunti appare certamente regressiva la coeva sentenza della Corte (n. 250 del 2010) che non ha accolto le questioni di legittimità costituzionale sulla previsione del "reato di clandestinità". In questo caso i binari del ragionamento scelti dai giudici costituzionali prescindono completamente dal considerare la particolare situazione di pur evidente sottoprotezione dei migranti "illegali" rispetto ad altre categorie di individui. Anzi, al fine di dimostrare che nei confronti dei primi non vengono operate *odiose* discriminazioni, la motivazione rinvia alle risorse del complessivo sistema penale che consentono di attutire la loro responsabilità per l'ingresso illecito, come la possibilità di beneficiare di varie cause di giustificazione ([28]). Insomma, la mera introduzione della contravvenzione in esame non sarebbe, di per se stessa, sintomo di trattamento inumano, al di sotto dei livelli minimi previsti anche dal diritto internazionale o (sembra

---

([27]) "... *specie* nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato". Quindi, *incidenter tantum*, anche in *altri* ambiti dell'ordinamento, data appunto l'inviolabilità-inderogabilità dei diritti evocati dalla Corte, che definiscono lo *status di persona*. Sull'importante decisione della Corte e sul suo rigore logico cfr. F. RINALDI, *Con il "discriminante" (dell'aggravante di clandestinità) l'"equazione" (di costituzionalità) risulta impossibile. Un dispositivo retto da una motivazione quasi "matematica"*, in *www.forumcostituzionale.it*.

([28]) È "fuori discussione (...) l'applicabilità anche al reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato delle scriminanti comuni — e, in particolare, di quella dello stato di necessità (art. 54 cod. pen.) — come pure delle cause di esclusione della colpevolezza, *ivi* compresa l'ignoranza inevitabile della legge penale (art. 5 cod. pen., quale risultante a seguito della sentenza n. 364 del 1988 di questa Corte), cui fa specifico riferimento il rimettente allorché evoca, in chiave critica, le situazioni dello straniero che non comprenda la lingua italiana o che entri in contatto per la prima volta con l'ordinamento giuridico nazionale".

sottinteso) dalle comuni tradizioni giuridiche europee. La Corte trova quasi sollievo nel ricordare come in altri stati dell'UE vigano misure ancora più severe ([29]). E questa notazione apre inevitabilmente al recupero del dogma dei preminenti "interessi pubblici" su cui si fonda la discrezionalità del legislatore ([30]). Come è stato acutamente osservato, si è ignorato il problema se sia ragionevole "una radicale 'subordinazione' della tutela penale alle funzioni amministrative preordinate alla gestione dell'immigrazione irregolare o, per meglio dire, a determinate modalità di svolgimento di tali funzioni" ([31]).

Proprio questa esorbitante strumentalità del diritto penale alle politiche di contenimento dei flussi migratori, senza attenzione all'umanità degli extracomunitari fino a far ricadere sui medesimi l'inefficacia e l'inefficienza dei provvedimenti di espulsione in quanto *vittime che non collaborano*, ha indotto la Corte di giustizia dell'UE a censurare ([32]) un'altra disposizione del T.U. n. 286 del 1998, laddove (art. 14, c. 5-*ter*) punisce con la reclusione da uno a quattro anni chi non ottemperi all'ordine di allontanamento disposto dall'autorità amministrativa. L'irrogazione della pena rappresenta, in effetti, quasi una certificazione della concreta impossibilità di provvedere al rimpatrio coatto del colpevole e, al tempo stesso, l'esibizione di un'*esemplare* capacità dissuasiva dello Stato nei confronti degli altri potenziali trasgressori.

I giudici di Strasburgo hanno utilizzato come parametro per la loro decisione la direttiva europea sui rimpatri appena citata e hanno cercato di

---

([29]) "L'analisi comparatistica rivela, difatti, come norme incriminatrici dell'immigrazione irregolare di ispirazione similare, talora accompagnate dalla comminatoria di pene anche significativamente più severe di quella prevista dalla norma scrutinata, siano presenti nelle legislazioni di diversi Paesi dell'Unione europea: e ciò tanto nell'ambito dei Paesi più vicini al nostro per tradizioni giuridiche (quali la Francia e la Germania), che fra quelli di diversa tradizione (quale il Regno Unito)".

([30]) «La regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato è, difatti, collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione" (...): vincoli e politica che, a loro volta, rappresentano il frutto di valutazioni afferenti alla "sostenibilità" socio-economica del fenomeno».

([31]) A. Caputo, *Commento* alla sent. cit., *Diritto penale e processo*, 2010, 1204.

([32]) I Sez., sent. 28 aprile 2011. La questione è stata rinviata dalla Corte d'Appello di Trento alla Corte di Giustizia UE, ai fini dell'interpretazione degli artt. 15 e 16 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2008/115/CE del 16 dicembre. 2008 (*Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*), per valutare la loro prevalenza sulla legislazione nazionale ove — come è avvenuto — venisse accertata la sua difformità rispetto alla normativa europea. Tra i primi commenti: D. Vitiello, *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, in *diritti-Cedu.unipg.it*, 26 maggio 2011.

valorizzarla al massimo per trarne prescrizioni cogenti a tutela dei diritti *fondamentali* degli immigrati, pur irregolari e, nella fattispecie, di non subire un'afflizione sproporzionata rispetto all'effettiva offensività del reato commesso. Cosicché la sentenza (*considerando 13*) richiama puntualmente l'enunciato della direttiva secondo il quale "l'uso di misure coercitive dovrebbe essere espressamente subordinato al rispetto dei *principi di proporzionalità e di efficacia* per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti" e mette in evidenza come l'auspicio dell'atto europeo nel suo complesso sia quello di favorire la "partenza volontaria" o l'"allontanamento mediante le misure meno coercitive possibili" degli immigrati irregolari ("*cittadini* di paesi terzi"). Per i quali dovrebbero valere senza riserve il riconoscimento dei "diritti fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale" e della loro "dignità...".

Tuttavia, il nodo che nemmeno la direttiva europea scioglie è il conflitto tra la volontà dell'immigrato di non ritornare nel proprio paese d'origine e il rifiuto dello stato membro di accoglierlo. Anche il diritto dell'Unione si piega tortuosamente alle ragioni della sovranità e conseguentemente accetta l'*extrema ratio* dell'uso della forza interna per far fronte al comune obiettivo europeo del contrasto al *fenomeno* dell'immigrazione clandestina. In questo contesto, che dunque non esclude l'adozione di strumenti anche di tipo *restrittivo*, quale sia il loro inquadramento giuridico (tra "trattenimenti" nell'ambito di procedure amministrative variamente giustificate e sanzioni di natura penalistico ([33])), anche la Corte Europea ha spazio per giudicare soltanto sugli eccessi (tendenzialmente modali) o sulle anomalie delle discipline nazionali. Pertanto, la tutela dei diritti umani viene accordata non in una dimensione generale, ma *in circostanze date*, ponendosi come effetto, per così dire, residuale, seppure certamente importante nel momento in cui sottrae almeno una persona a una situazione di grave ingiustizia.

Tra i diritti umani *fondamentali*, contenuti nei tanti cataloghi costituzionali e internazionali vigenti, la libertà di movimento è forse quella che dà luogo alle interpretazioni più incoerenti. Se la si imputa a un individuo in quanto singolo, estraendolo dalla massa, ed identificabile nei suoi interessi *consapevoli* di autopromozione economica, culturale e sociale (con-

---

([33]) La direttiva sui rimpatri non esclude la competenza penale degli Stati membri in tema di immigrazione clandestina e di soggiorno irregolare, in quanto l'ordinamento generale dell'UE fa salva la competenza degli stati medesimi relativamente alla legislazione penale e processualpenalistica. In ogni caso, la Corte europea ha potuto imporre nel caso in ispecie la disapplicazione delle norme penali italiane, sottoposte al suo sindacato affermando (in continuità con la propria giurisprudenza), la prevalenza del diritto dell'UE nelle materie ad essa riservate: gli Stati "non possono applicare una normativa, *sia pure di diritto penale*, tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile" (sent. cit., ai punti 53 e ss.).

nessi appunto allo svolgimento della sua personalità, tale che può generare progresso nella comunità di destinazione), l'atteggiamento degli ordinamenti è facilmente di apertura e di simpatia. Si crea un incontro di aspettative di un comune vantaggio, almeno potenziale. La circolazione diviene fattore di emancipazione. Adam Smith, per favorire la crescita economica delle nazioni perorava il riconoscimento della "natural liberty" di spostamento non solo a categorie privilegiate di sudditi, ma anche per il "poor workman" alla ricerca di opportunità di lavoro senza che dovesse subire odiose restrizioni o insopportabili rischi (34).

In epoca liberale possiamo riscontrare in Italia lo stesso atteggiamento *compassionevole* (35) nella disciplina e nella giurisprudenza in materia di emigrazione, che cercano di coniugare la libertà essenziale di movimento, ritenuta "una conseguenza ed un complemento necessario" della libertà personale (36), con l'esigenza di protezione dei cittadini espatriandi da ciniche speculazioni ad opera soprattutto delle agenzie marittime (37). Ciononostante, alla fine, il legislatore regolamenta l'espatrio per ragioni di lavoro in maniera tutto sommato favorevole, giacché "in tutti gli Stati liberi deve essere riconosciuto al cittadino il diritto di emigrare" (38).

Di riflesso, anche la pur rara immigrazione trova notevoli e impreviste aperture, come emerge da una sentenza di un giudice di merito chiamato a pronunciarsi sull'acquisto della cittadinanza italiana da parte di uno straniero di origine tunisina: "la libera espatriazione è un diritto naturale [...]. Soltanto il regime feudale del medioevo ... incatenando l'uomo alla terra e considerandolo quale un accessorio dalla medesima inseparabile, pose pel primo restrizioni alla libertà di emigrazione, subordinandola alla necessità di uno speciale permesso del principe [...]. Ma caduto il sistema feudale, cadute pure, col progredire della civiltà, quelle barriere di reciproca indifferenza che tenevano diviso popolo da popolo, aumentate in modo affatto sconosciuto al mondo antico le comunicazioni ed i commerci, è emerso anche il principio che ciascuno deve essere libero di sce-

---

(34) *The Wealth of Nations*, Libro IV, 1776, (ed. Digitale: *www.ibiblio.org/ml/libri/s/SmithA_WealthNations_s.pdf*), 581.

(35) Documentato molto bene da Carolina Simoncini in una ampia tesi di dottorato, in corso di elaborazione presso l'Università di Pavia.

(36) F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909, 61.

(37) Anche a livello politico e amministrativo — annota C. Simoncini — furono adottate misure dirette a scoraggiare un'emigrazione pericolosa che avrebbe messo inevitabilmente a repentaglio la vita dei concittadini alla ricerca di un destino migliore. "Il contadino italiano, per regola generale, quando sta tollerabilmente a casa sua, non lascia il certo per l'incerto, e ci rimane ..." scrivevano S. Sonnino e P. Villari, *L'emigrazione e le classi dirigenti in Italia*, in *La Rassegna settimanale*, 23 marzo 1879.

(38) V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1925, 281.

gliersi quella patria che meglio si confà alle proprie inclinazioni ed ai propri interessi" ([39]).

Questo veloce squarcio su tendenze presenti nella cultura giuridica liberale dell'Ottocento e quasi anticipatrici di una visione universalistica, potrebbe rendere inspiegabili i gravi arretramenti attuali, quantomeno sotto un profilo teorico. In verità, il ripiegamento si verifica quando il "movimento" transnazionale perde le sue dimensioni di scelta individuale (o comunque rientrante in tipologie accettabili e tradizionalmente accettate, come le trasferte per ragioni di culto ([40])) per diventare necessità collettiva per mere ragioni di sopravvivenza (che pur sono pregiudiziali all'affermazione individuale).

Paradossalmente, la istintiva e *primordiale* libertà di fuga dalle situazioni umanamente insostenibili viene pressoché stralciata dalla più generale libertà di circolazione per assumere la dimensione di un *fenomeno*, quasi assimilato alle *catastrofi* naturali, che è affrontato facendo ricorso non tanto alle risorse della comune civiltà giuridica, quanto alle più anguste, ma duttili esigenze delle politiche nazionali ([41]).

---

([39]) Corte d'Appello di Lucca, sent. 8 giugno 1880, in *Foro it.*, 1880, I, 1120 e 1128. Un simile orientamento è comune anche a parte della dottrina che sostiene la "protezione di *tutti* gli individui in base al comune sentimento di solidarietà che spinge i vari Stati ad un reciproco aiuto per volgere, *viribus unitis*, al raggiungimento del benessere sociale" (C. MONZANI, *Il diritto di espellere gli stranieri considerato nella dottrina, nella legislazione e nella giurisprudenza*, Modena, 1899. Recupero anche questa citazione dalla tesi di C. Simoncini).

([40]) Anche se la tutela e sacralità di questi viandanti risale a tempi assai antichi (i viaggi "liberi" al tempio di Hera in Olimpia sono entrati addirittura nel mito...), il riferimento più comune corre ai pellegrini che, in epoca medioevale, si muovevano a scopo *devozionale* o *penitenziale* (per salvarsi l'anima: anche questa, forse potrebbe annoverarsi tra le emergenze che inducono all'espatrio). Essi beneficiavano di una sorta di inviolabilità, riconosciuta dai sovrani cristiani, che apriva loro le principali vie verso i luoghi di culto e verso Gerusalemme, in particolare. Inoltre, potevano disporre di una diffusa rete di protezione e di accoglienza ad opera, soprattutto, di confraternite che si costituivano con questo specifico fine (Cfr. F. VANNI, *La condizione di pellegrini nel medioevo. Dallo status giuridico ai problemi della quotidianità*, Trento, 2008, reperibile anche in *www.centrostudiromei.eu/pdf/FabrizioVanni_Status.pdf*). Le normative a salvaguardia dei pellegrini erano contenute sia nelle fonti del diritto canonico sia in editti delle autorità regie dando luogo al *sistema delle paci* (la "pace di Dio" e la "pace pubblica") (cfr.: N. OHLER, *Vita pericolosa dei pellegrini nel Medioevo*, Casale Monferrato, 1996, 225 ss.). Il "diritto dei pellegrini" è stato considerato per le sua caratteristiche universali come una delle prime fonti del diritto internazionale (H. GILLES, *Lex peregrinorum*, in *Cahiers de Fanjeux*, 1980, n. 15, 161 ss.).

([41]) L'espressione "contrasto all'immigrazione clandestina", che ricorre nelle discipline di livello sia europeo, sia nazionale, lascia aperta la possibilità a una varietà di opzioni: dalle *politiche* di integrazione a quelle di espulsione dei migranti "irregolari", qualificati tali, al di là di aspetti formali (la mancanza di un passaporto o di un permesso di soggiorno...), soprattutto in quanto valutati come componenti non autonomi di una "massa" (la *forza d'urto* del fenomeno). Ovviamente, un simile contrasto potrebbe anche essere con-

Il fenomeno viene allora percepito e contrastato non alla sua origine (le impossibili condizioni di esistenza delle popolazioni dei Paesi da cui provengono i flussi migratori), ma al suo epilogo, *rappresentato* come intollerabile assalto ai confini dello stato da contenere con interventi efficaci che possono prescindere da altri effetti, per così dire, collaterali su singole persone, la cui identità scompare nella massa. La difesa della sovranità nazionale ritorna ad essere, anche nell'età della globalizzazione, il parametro tendenzialmente esclusivo per giustificare anche sul piano costituzionale le misure adottate in modo indiscriminato contro l'immigrazione clandestina.

È in questo contesto di emergenza (che viene qualificata "umanitaria", ma che, in verità, è vissuta come flagello naturale) che i migranti si vengono a trovare (non solo) in Italia in una situazione di sottoprotezione rispetto allo *status* minimo della persona quale è definito dal "diritto multilivello" che ormai presiede alle regole della convivenza umana ([42]).

La libertà di movimento (di fuga) subisce un immediato misconoscimento nel frangente dello "sbarco", quando i migranti vengono tradotti nei cosiddetti "luoghi di permanenza temporanea", previsti dalla già richiamata direttiva 2008/115/CE e che il legislatore italiano ha trasformato nei "centri di identificazione ed espulsione (CIE)" ([43]).

È in questi spazi che, senza alcuna esagerazione, si possono davvero definire "terra di nessuno" ai margini dei diritti umani ([44]), che si consuma per gli immigrati extracomunitari che non possono dimostrare uno *status* "privilegiato" (come quello di rifugiati, ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 e successive estensioni) la degradazione del loro *status* di persone. È qui che viene loro imposto di giocare una partita impossibile: dovrebbero *confessare* la loro identità giuridica (nome e cittadinanza) per poter essere più facilmente restituiti al paese dal quale sono fuggiti per impossibilità di viverci; ove non collaborino essi vengono "trattenuti" (per un tempo che si può protrarre addirittura per 18 mesi ([45])) fino ad incorrere in

---

dotto attraverso politiche *positive* di integrazione e soprattutto con uno sforzo globale per la rimozione all'origine delle cause che producono il "fenomeno". Tra i contributi più recenti: *Le nuove politiche per l'immigrazione. Sfide e opportunità*, a cura di V. Cardinali, e M. Lucidi, Venezia 2010.

([42]) Sul tema, da ultimo e ampiamente (anche sotto il profilo storico): D. Messineo, *Garanzia del contenuto essenziale e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Macerata, 2010.

([43]) Per un puntuale *excursus* storico in materia: I. Gjorgij, *Il trattamento dello straniero in attesa di espulsione: una "terra di nessuno" tra ordine giuridico e fatto politico*, ora in F. Bilancia (a cura di), *Costituzionalismo.it (Archivio 2006-2008)*, Napoli 2011, 705 ss.

([44]) D. Loprieno, *I campi per gli stranieri: luoghi di conditio inhumana o strumenti indefettibili per la conservazione della sovranità dello Stato?*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, a cura di S. Gambino e G. D'Ignazio G., Milano, 2010, 505 ss.

([45]) Come stabilito ultimamente dal decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89 (che, tra l'altro, è diretto al recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi

una vera e propria *deminutio capitis* (46). E, in quanto tali, costoro sono sospesi dal diritto ordinario che riconosce appunto i diritti fondamentali a qualsiasi individuo, in qualsiasi situazione. In particolare, come in modo assai circostanziato ed allarmato ha segnalato Andrea Pugiotto, per essi vengono meno anche quelle garanzie giurisdizionali essenziali (previste dalla Costituzione *a tutela di chiunque*), in assenza delle quali anche i diritti più elementari, come la libertà personale, rimangono *ineffettivi* (47).

Dal punto di vista di un'auspicata e, tutto sommato, non utopistica *etica universale* che ispira il diritto "giusto" della comune compagnia umana (*la legge dei popoli*) le discipline, espressione delle vacillanti sovranità statali, che producono *ulteriore* sofferenza agli individui già gravati da condizioni di vita che a tutti paiono inaccettabili, dovrebbero essere bandite anche dagli ordinamenti nazionali a vocazione liberale. La via non può che essere quella della massimizzazione dei diritti, anche a costo di ridurre i privilegi interni dovuti soprattutto alla geografia (48).

Del resto, leggendo in filigrana la pessima legislazione italiana qui considerata in alcuni suoi tratti eclatanti, si coglie un'esigenza di mistificazione nel tentativo (non riuscito) di dimostrare che non si è fuorusciti dal solco dei capisaldi della civiltà giuridica costituzionale e internazionale. La realtà delle cose è camuffata dal linguaggio facendo ricorso a parole talora miti. Le limitazioni alla libertà personale *in via amministrativa*, in luoghi di vera e propria detenzione, sono qualificate: "trattenimento" o "permanenza"; il respingimento dall'Italia verso i territori della disperazione: "rimpatrio"... La stessa qualificazione dei migranti come "irregolari" sembra indulgente, se è vero che nel nostro ordinamento le irregolarità rappresentano poco

---

terzi irregolari) nei confronti degli extracomunitari in attesa di espulsione e di allontanamento coattivo. In una circolare (n. 17102/124 del 23 giugno 2011), illustrativa del decreto-legge citato, il Ministero dell'Interno individua gli immigrati irregolari *non collaborativi* in coloro che abbiano tenuto "comportamenti che denotano la volontà di non assoggettarsi alla procedura di rimpatrio: rischio di fuga, inosservanza senza giustificato motivo del termine stabilito per la partenza volontaria, violazione di una o più delle misure di garanzia disposte dal Questore per evitare il rischio di fuga, mancata richiesta del termine per la partenza volontaria".

(46) Come non ricordare Gaio, adattandolo ai tempi attuali, ovviamente: « *Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit* » (G. 1. 160)? Assai interessante: V. Marotta, *La cittadinanza romana in età imperiale*, Torino, 2009. L'autore, tra l'altro, mette in luce come la disciplina adottata in alcune province romane (l'Egitto) fosse soprattutto diretta, più che a ostacolare le immigrazioni, tendenzialmente libere, a frenare le emigrazioni allo scopo di non indebolire la capacità dei villaggi di far fronte ai propri obblighi fiscali: 115 ss.

(47) « *Purché se ne vadano* ». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 333 ss.

(48) In questa prospettiva S. Veca, *Dell'incertezza. Tre meditazioni filosofiche*, Milano, 1997, 335 ss.

più che incidenti di percorso che possono essere facilmente sanati e che non incidono sulla intrinseca validità degli atti che risultano così infirmati ([49]). Viceversa, la situazione di irregolarità del migrante per necessità (cioè, come si è già detto, "vittima) è normalmente sanzionata con una misura irreversibile: il suo allontanamento dal territorio dello stato...

Zygmunt Bauman, in un saggio che ha destato qualche scalpore, così ha raccontato la condizione e la prospettiva dei profughi (che appartengono alla categoria dei *migranti per necessità*) accolti nei campi collocati qua e là nel mondo (ed anche in Italia): "Mentre si dirigono nei campi, i futuri 'ricoverati' vengono spogliati di ogni singolo pezzo della loro identità, tranne uno: quello di profughi senza Stato, senza un posto e senza mansioni (*stateless*, *placeless*, *functionless*). All'interno del recinto del campo, una massa anonima, priva dell'accesso alle elementari strutture da cui le identità sono prodotte e ai fili che costituiscono il tessuto di qualsivoglia identità. Diventare un 'profugo' significa perdere 'i media' su cui poggia l'esistenza sociale, ossia un insieme consueto di cose e persone che trasmettono significati: terra, case, villaggio, città, genitori, proprietà, occupazioni e altri punti di riferimento quotidiani" ([50]).

Come descrivere meglio la perdita di *status* di questi individui e il loro divenire "clandestini" proprio quando essi raggiungono *alla luce del giorno* le terre del diritto, delle solenni dichiarazioni dei diritti umani?

Intendere *sul serio* gli imprescindibili diritti fondamentali e i loro presupposti (come lo *status* di persona) significa innanzitutto individuare le regole e le misure che *non possono far parte* di un ordinamento che ad essi aderisca e che si trovi impegnato a promuoverli, come diffusamente si riscontra nella Costituzione italiana.

Il riconoscimento *pieno* della libertà di espatriare dei *migranti per necessità* non può non comportare come necessario corollario l'adempimento di un generale dovere di libera accoglienza da parte degli stati di destinazione. Dovere che ricade anche sulla comunità internazionale nel suo complesso (formata in gran parte da stati che hanno sottoscritto le tante convenzioni sui diritti umani) per consentire ai nuovi arrivati di avere un destino dignitoso, molto spesso di tentare l'inizio di una nuova esistenza *altrove*.

---

([49]) È irregolare "la situazione del provvedimento che, pur difforme dalle previsioni di legge e di regolamento, non è invalido perché tale difformità ha carattere minimale, o tenue, o minore, o di poca rilevanza, o innocua o lieve. Il provvedimento ha cioè carenze così marginali da non determinarne effetti invalidanti ... Non è quindi una patologia, ma una modesta anomalia non ascrivibile alla categoria dell'invalidità. Si tratta del resto di una figura non estranea al diritto privato, che ravvisa l'irregolarità in analoghe ipotesi, in cui al difetto dell'atto non consegue alcuna invalidità, né inefficacia, ma al più delle sanzioni verso l'autore dell'atto" (Morbidelli, *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario AIPDA*, 2002, Milano, 2003, 79-80).

([50]) *Il pianeta dei rifiuti*, in *Alternative*, 2005, n. 7, 69 ss.

Nell'attesa che maturino le condizioni per il conseguimento di obiettivi così ambiziosi, ma sempre più improcrastinabili, anche in virtù della crescita di quella opinione pubblica globale *progressiva* ([51]) che sembra non essere più confinata soltanto nelle generose sollecitazione dei filosofi ([52]), gli ordinamenti nazionali dovrebbero quantomeno astenersi dall'introdurre nei loro sistemi giuridici "barriere" che, per contrastare un fenomeno collettivo, degradano lo *status* individuale.

Valerio Onida si chiede problematicamente (ma probabilmente conosce la risposta...): "davvero le autorità dello Stato — di ogni Stato — sono pienamente libere (intendo, libere dal punto di vista dei principi costituzionali e del rispetto delle norme internazionali) di stabilire quanti e quali esseri umani, e provenienti da dove, e per fare che cosa, sono ammessi ad entrare nel territorio di propria pertinenza? Davvero sono libere di stabilire fino a quando questi esseri umani possono restare in quel territorio, indipendentemente dalle concrete situazioni personali, dalla durata del soggiorno pregresso, dall'esistenza e dal rilievo di legami familiari o sociali stabiliti nel territorio o invece perduranti con la terra di origine?" ([53]).

Non espellere i *migranti per necessità* significa venire incontro alle loro istanze di *nuova* cittadinanza (in senso sostanziale, prima ancora che formale) in quanto *di fatto* è venuta meno quella originaria, giacché si è interrotto il *patto sociale* con lo stato che si lascia, il quale non è in grado di assicurare a tutti i suoi abitanti la *protezione minima* che giustifica la convivenza ([54]).

Ancora una volta è Zygmunt Bauman a illustrare efficacemente la condizione (anche *giuridica*) degli emigrati-immigrati "irregolari": "i profughi sono apolidi (*stateless*), ma in un senso nuovo: la loro apolidia è elevata a un livello completamente inedito dalla inesistenza dello Stato al quale potrebbero fare capo. Essi sono, come scrive Michel Agier nella sua più penetrante ricerca sui rifugiati nell'epoca della globalizzazione, *hors du nomos*: al di fuori del diritto; non del diritto di questo o quell'altro paese, ma del diritto in quanto tale. Sono reietti e fuorilegge di tipo nuovo, i prodotti della globalizzazione e la personificazione più compiuta del suo spirito da terra di frontiera" ([55]).

---

([51]) D. ARCHIBUGI, *Cosmopolitismo. Teoria e prassi della democrazia nell'età globale*, in C. ALTINI (a cura di), *Democrazia. Storia e teoria di un'esperienza filosofica e politica*, Bologna, 2011, 375 ss.

([52]) Al centro delle speculazioni soprattutto di J. Habermas. In particolare cfr: *L'Occidente diviso*, Bari, 2005; *La condizione intersoggettiva*, Bari, 2007.

([53]) *Loc. cit.*, 16.

([54]) Anche quella indicata, in modo assai prudente, da T. HOBBES, in *Leviathan*, (1651), nel cap. 13 della parte I (*Of the natural condition of mankind as concerning their felicity and misery*).

([55]) *Loc cit.*, 69. Il riferimento è a M. AGIER, *Aux bords du monde, les réfugiés*, Paris, 2002, 55 ss.

Questa *apolidia*, che non trova alcuna tutela nella già citata Convenzione di New York del 1954, è il problema forse principale che deve essere risolto, se è vero, come si è cercato di dimostrare in questa riflessione, che l'identità giuridica di una persona non può rinunciare all'elemento della cittadinanza. Altrimenti non ci può essere *status*, con le conseguenze che si sono viste.

Nell'inesauribile categoria dei "migranti per necessità" sono da qualche tempo all'attenzione anche degli organismi internazionali i cosiddetti "rifugiati ambientali" (o "climatici") che fuggono dai loro Paesi a causa di immani disastri naturali [56] che possono anche provocare la scomparsa fisica del territorio di uno stato [57]. In questa evenienza il rimpatrio sarebbe impossibile...; come impossibile diverrebbe la conservazione della cittadinanza di uno stato che non c'è più.

I rimedi giuridici a questa situazione di *apolidia* non potrebbero che essere o l'acquisto della cittadinanza dello stato in cui trovano prima ospitalità questi esuli senza più patria o l'acquisizione di uno *status* speciale internazionale equivalente, che li renderebbe "cittadini del mondo" [58] fintanto che la loro condizione non si *stabilizza* con il necessario concorso della loro volontà.

Certamente non potranno rimanere persone prigioniere di un *fenomeno*, prive di *status* per forza naturale. E, forse, in una occasione così

---

[56] Già nel rapporto *The State of World Population 1993* dello *United Nations Population Fund* la questione dei "rifugiati ambientali" viene affrontata con preoccupazione. E, in effetti, il numero di persone costrette a fuggire dai loro territori continua ad aumentare con inevitabili ripercussioni sui diritti umani messi a repentaglio da tensioni etniche e conflitti talora violenti, senza contare gli altri problemi di degrado ambientale, crescita demografica incontrollata, diffusione della povertà e fame. Si veda: S. Ianovitz, *I 'rifugiati climatici': una questione aperta*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, n. 5, 141 ss.; nonché il sito: *www.climate.org/topics/environmental-security/index-italiano.html*.

[57] Si tratta dei *Pacific Small Island Developing States* (Psidis). Come rivela l'espressione, sono piccoli stati insulari dell'area dell'Oceano Pacifico, considerati a rischio di essere sommersi, addirittura entro pochi decenni, per il progressivo e inarrestabile innalzamento del livello del mare. Esistono in proposito precise stime effettuate anche in ambito ONU, come quelle contenute e continuamente aggiornate nel *South Pacific Sea Level and Climate Monitoring Project*. Tra le isole destinate a essere sommerse (entro il 2100) vi sono gli 8 atolli appartenenti allo stato sovrano di Tuvalu, che è da tempo (dal 1988) mobilitato nelle sedi internazionali per assicurare una salvezza e un avvenire alla sua popolazione cercando difficili intese con le nazioni finitime (Australia e Nuova Zelanda, in particolare). Sulla vicenda: A. Berzon, *Tuvalu. L'arcipelago che affonda*, in *Internazionale*, n. 642 (19/25 maggio 2006), 30 ss.

[58] Un'idea che non è solo consegnata all'avvenire, ma che ormai ha dietro a sé solidi fondamenti culturali, come sottolinea G.F. Pasquino, *La cittadinanza planetaria e il diritto costituzionale* (relazione al Convegno di Senigallia, 2009), in *Per una cittadinanza mondiale: l'educazione letteraria e giuridica in chiave interculturale*, in *Quaderni/FOCSIV*, Roma, n. 63, 32 ss. Il saggio si può leggere anche nel sito *www.focsiv.it*.

drammatica, ma scientificamente prevista, i diritti fondamentali dell'uomo e i rapporti tra i popoli potranno trovare un ulteriore positivo sviluppo.

Già ora, comunque, vi è sufficiente cultura giuridica universale per comprendere come il termine ''clandestino'', riferito al *migrante per necessità*, non possa appartenere al lessico degli ordinamenti liberali. Merita di essere restituito, senza esitazioni e al più presto, all'immaginario letterario ([59]) e alle più classiche tradizioni libertine ([60]).

---

([59]) Consiglierei (anche al legislatore): J. Conrad, *The Secret Sharer* (1909). Pubblicato in italiano con il titolo: *Il compagno segreto*, Milano, 1975 o *Il clandestino*, Novara, 1982.

([60]) D. Diderot, *Les Bijoux indiscrets* (1748). Riproposto recentemente in italiano con il titolo: *I gioielli indiscreti*, Milano, 2009.